

**Tilburg University**

## **Het strafrecht tussen waarheid en leugen**

van Noorloos, Marloes

*Published in:*  
Ars Aequi

*Publication date:*  
2018

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

van Noorloos, M. (2018). Het strafrecht tussen waarheid en leugen: Over Holocaustontkenning en andere memory laws. *Ars Aequi*, 2018(10), 1010-1015.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# HET STRAFRECHT TUSSEN WAARHEID EN LEUGEN: OVER HOLOCAUSTONTKENNING EN ANDERE *MEMORY LAWS*

Marloes van Noorloos\*

*Memory laws* stellen ontkenning van grootschalige mensenrechtenschendingen uit het verleden – en soms ook uitingen als het bagatelliseren of rechtvaardigen van zulke misdaden – strafbaar. Zo heeft Polen het onlangs verboden om de Poolse natie verantwoordelijk te houden voor de Holocaust. Wat is de ratio achter zulke wetten en hoe verhouden die zich tot de vrijheid van meningsuiting?

## 1 Inleiding: de strafbaarstelling van ontkenning van grootschalige mensenrechtenschendingen

We leven in een tijdperk dat door sommigen wel als *post-truth* wordt gekarakteriseerd.<sup>1</sup> Politici beschuldigen elkaar over en weer van het verspreiden van 'nepnieuws';<sup>2</sup> onjuistheden worden gebagatelliseerd door ze als 'alternatieve feiten' aan te duiden. Ook het strafrecht krijgt soms te maken met de grens tussen waarheid en leugen. Zo hebben diverse staten *memory laws* in hun wetboek staan: zulke wetten verbieden veelal het ontkennen van grootschalige mensenrechtenschendingen (hoewel sommige wetgeving juist het *erkennen* daarvan verbiedt, zoals het spreken over de Armeense genocide in Turkije). Sommige wetten zien alleen op ontkenning van een specifieke episode uit de geschiedenis, zoals Holocaustontkenning; andere hebben betrekking op een breder scala aan wrede daden door de geschiedenis heen. Ook wordt het soms verboden om historische gebeurtenissen te bagatelliseren, verheerlijken of rechtvaardigen. Daarnaast komt het voor dat zulke uitingen onder delicten als groepsbelediging worden geschaard.<sup>3</sup>

De sanctiëring van uitingen over historische wrede daden is een actueel probleem:<sup>4</sup> in Polen is onlangs een wet aangenomen die het verbiedt om de Poolse natie verantwoordelijk te houden voor de Holocaust.<sup>5</sup> De wet is afkomstig van de conservatief-nationalistische regeringspartij Recht en Rechtvaardig-

heid (PiS), die al langer ageert tegen het omschrijven van concentratiekampen zoals Auschwitz als 'Poolse kampen'.<sup>6</sup> Er kwam een storm aan kritiek op het voorstel: de wet zou de hardnekkige nationale mythe dat Polen slechts slachtoffers dan wel helden waren in de Tweede Wereldoorlog officieel willen bekrachtigen, en de rol van Poolse burgers en politieagenten die met de nazi's collaboreerden ontkennen. Daarom is de verbodsnorm nu overgeheveld naar het privaatrecht.<sup>7</sup> In Rusland is in 2014 nog een wet met een vergelijkbare strekking aangenomen.<sup>8</sup> Enkele jaren geleden oordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) dat een veroordeling van een Turkse politicus in Zwitserland voor het ontkennen van de Armeense genocide, een schending van de vrijheid van meningsuiting opleverde.<sup>9</sup>

*Zijn memory laws een manier voor de autoriteiten om hun officiële versie van de geschiedenis vast te pinnen in het collectief geheugen, of kunnen er ook legitieme redenen zijn om bepaalde uitingen over het verleden te sanctioneren?*

\* Mr.dr. L.A. van Noorloos is universitair hoofddocent straf(proces)recht aan Tilburg University.

1 Oxford English Dictionary, Word of the year 2016.

2 Zie T. McGonagle e.a., *Inventarisatie methodes om 'nepnieuws' tegen te gaan*, Amsterdam: IVIR 2018, p. 8: de term 'nepnieuws' is niet erg geschikt; er bestaat geen gezaghebbende definitie van en de term wordt gebruikt door autocratische leiders om hun tegenstanders weg te zetten. Soms wordt de voorkeur gegeven aan de term 'desinformatie'. Zie <http://eavi.eu/beyond-fake-news-10-types-misleading-info/> voor een typologie van misleidende informatie.

3 Zo kan het ontkennen van de Holocaust in Nederland onder omstandigheden groepsbelediging van Joden opleveren, wanneer de uiting de suggestie wekt dat zij de Holocaust zelf hebben verzonnen of zouden overdrijven. Zie Hof Arnhem 4 juni 1982, *NJ* 1983/422; HR 27 oktober 1987, *NJ* 1988/538, m.nt. Th.W. van Veen; HR 25 november 1997, *NJ* 1998/261; Rechtbank 's-Hertogenbosch 21 december 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AR7891; HR 27 maart 2012, *NJ* 2012/220. Over ontkenning van andere grootschalige mensenrechtenschendingen uit het verleden hebben Nederlandse gerechten zich nog niet hoeven uitspreken. De ChristenUnie stelde al jaren geleden voor om een specifiek verbod in de strafwet op te nemen van het ontkennen, op grove wijze bagatelliseren, goedkeuren of rechtvaardigen van genocide, maar over dat wetsvoorstel is al een tijd niets meer vernomen. *Kamerstukken II* 2009/10, 30579, 6. Origineel voorstel: *Kamerstukken II* 2005/06, 30579, 2. Het voorstel vereiste daarbij (a) het oogmerk om aan te zetten tot haat, discriminatie of geweld tegen de betreffende groepen (art. 137d Sr) of (b) dat men weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat daarmee een groep mensen wordt beledigd wegens de betreffende kenmerken uit art. 137c Sr. Zie over dit soort 'aggravated denial' L. Hennebel & T. Hochmann, 'Introduction. Questioning the criminalization of denials', in: L. Hennebel & T. Hochmann (red.), *Genocide denials and the law*, New York: Oxford University Press 2011 p. XVII-LI. Zie ook I.W. Charny, 'The psychology of denial of known genocides', in: I.W. Charny (red.), *Genocide: A Critical Bibliographic Review. Volume 2*, London: Mansell Publishing en New York: Facts on File 1991, p. 3-37.



Foto: Manon Heijnsman | © Ars Aequi

- 4 Ook in de wetenschap vindt er steeds meer discussie plaats over *memory laws*: zie onder meer U. Belavusau & A. Gliszczynska-Grabias (red.), *Law and memory: towards legal governance of history*, Cambridge/New York: Cambridge University Press 2017; E. Fronza, *Memory and punishment: historical denialism, free speech and the limits of criminal law*, The Hague: TMC Asser Press en Berlin: Springer 2018; R. Moerland, *The killing of death: denying the genocide against the Tutsi*, Cambridge: Intersentia 2016; M. van Noorloos, 'Memory laws: regulating memory and the policing of acknowledgment and denial', in: C.H. Brants & S. Karstedt, *Transitional justice and the public sphere: engagement, legitimacy and contestation*, Oxford/Portland: Hart Publishing 2017, p. 263-284. Zie eerder ook R. Kahn, *Holocaust denial and the law. A comparative study*, Palgrave Macmillan 2004.
- 5 De strafbaarstelling ziet op 'het publiekelijk en tegen de feiten in, beweren dat de Poolse natie of de Poolse Republiek (mede)verantwoordelijk is voor de nazimisdaden begaan door het Derde Rijk (zoals gespecificeerd in art. 6 van het IMT-Handvest), of voor andere misdaden tegen de vrede, misdaden tegen de menselijkheid of oorlogsmisdaden of het anderszins op grove wijze bagatelliseren van de verantwoordelijkheid van de ware daders van die misdaden'. Zie [www.timesofisrael.com/full-text-of-polands-controversial-holocaust-legislation/](http://www.timesofisrael.com/full-text-of-polands-controversial-holocaust-legislation/).
- 6 'Benoemen van Poolse rol bij Jodenvervolgung wordt strafbaar', *NRC Handelsblad* 1 februari 2018; 'Celstraf voor wie spreekt van "Poolse concentratiekampen"', *Holocaust-overlevenden woedend over nieuwe wet*, *De Volkskrant* 1 februari 2018.

Zijn dit soort wetten een manier voor de autoriteiten om, als een soort 'ministerie van waarheid', hun officiële versie van de geschiedenis vast te pinnen in het collectief geheugen, of kunnen er ook legitieme redenen zijn om bepaalde uitingen over het verleden te sanctioneren? Wat is de ratio achter het strafbaarstellen van dergelijke uitingen en hoe verhouden *memory laws* zich tot de vrijheid van meningsuiting?

**Het doel van *memory laws* is veelal niet zozeer om uitingen te verbieden omdat die in strijd zijn met de waarheid, maar om (groepen) mensen te beschermen tegen uitingen die beogen hun schade te berokkenen**

## 2 Het Europese recht over *memory laws* en de vrijheid van meningsuiting in een notendop

Het doel van *memory laws* is veelal niet zozeer om uitingen te verbieden omdat die in strijd zijn met de waarheid, maar om (groepen)

mensen te beschermen tegen uitingen die beogen hun schade te berokkenen.<sup>10</sup> Zo kan een strafbaarstelling bedoeld zijn om de religieuze, etnische of anderszins groep die het slachtoffer is geworden van misdaden zoals genocide, te beschermen tegen schade (zie hierover par. 3). In feite is de ratio voor het verbod dan vergelijkbaar als bij *hate speech* (groepsbelediging of het aanzetten tot haat of discriminatie tegen groepen op grond van hun etniciteit, religie, of andere kenmerken), en regelmatig wordt ontkenning van grootschalige mensenrechtenschendingen inderdaad geschaard onder *hate speech*-wetgeving. Zo'n link tussen *memory laws* en *hate speech* wordt ook gelegd in diverse Europese rechtsinstrumenten: zowel het Aanvullend Protocol bij het Cybercrime Verdrag van de Raad van Europa<sup>11</sup> als het EU-Kaderbesluit betreffende racisme en vreemdelingenhaat<sup>12</sup> bevat positieve verplichtingen tot strafbaarstelling van ontkenning, goedkeuring, rechtvaardiging of bagatellisering van grootschalige mensenrechtenschendingen. Zo verplicht het kaderbesluit lidstaten om 'het publiekelijk vergoelijken, ontkennen of verregaand bagatelliseren van genocide, misdaden tegen de menselijkheid en oorlogsmisdaden' strafbaar te stellen, wanneer zulke uitingen gericht zijn tegen (onder meer) etnische groepen en 'indien de gedraging van dien aard is dat zij het geweld



of de haat tegen een dergelijke groep of een lid van een dergelijke groep dreigt aan te wakkeren'.<sup>13</sup>

Tegelijkertijd werpt het internationale recht vragen op over de toelaatbaarheid van *memory laws* in het licht van de vrijheid van meningsuiting.<sup>14</sup> In de zaak *Perinçek tegen Zwitserland* oordeelde de Grote Kamer van het EHRM dat een strafrechtelijke veroordeling van een Turkse politicus, die op conferenties in Zwitserland de Armeense genocide een 'internationale leugen' had genoemd, in strijd was met de vrijheid van meningsuiting.<sup>15</sup> Nu had Perinçek niet ontkend dat er massamoorden en deportaties hadden plaatsgevonden, maar hij was van mening dat dit aan beide kanten van het conflict was gebeurd, dat er sprake was van zelfverdediging door de Turken en dat de gebeurtenissen niet konden worden gekwalificeerd als genocide. Het EHRM vond dat de strafrechtelijke veroordeling een legitiem doel diende, namelijk het beschermen van de waardigheid van de slachtoffers en nabestaanden. Toch vond het EHRM de veroordeling niet noodzakelijk in een democratische samenleving. Volgens het hof moest in deze zaak een 'fair balance' worden gemaakt tussen het recht op respect voor privéleven (art. 8 EVRM) en het recht op vrijheid van meningsuiting. Daarbij woog het hof een aantal aspecten mee, waaronder het belang van het maatschappelijk debat, dat de uitingen niet aanzetten tot haat of intolerantie en in de eerste plaats waren gericht tegen 'imperialistische machten' en niet tegen de slachtoffers en nabestaanden, en de geografische en historische context (de uitingen waren gedaan in Zwitserland). Een complete beschrijving van de argumenten van het hof voert te ver voor deze bijdrage, al zal een aantal argumenten verderop de revue passeren.

## Het internationale recht werpt vragen op over de toelaatbaarheid van *memory laws* in het licht van de vrijheid van meningsuiting

Het verbieden van Holocaustontkenning kan volgens het EHRM wél door de beugel. Sterker nog: het hof doet zaken waarin het ontkennen van de Holocaust is gesanctioneerd standaard af met het argument dat er sprake is van misbruik van recht door de klager (art. 17 EVRM), omdat zo'n uiting waarin de Jodenvervolgung wordt ontkend eigenlijk tot doel zou hebben 'to rehabilitate the National-Socialist regime and, as a consequence, accuse the victims themselves of falsifying history'.<sup>16</sup> Holocaustontkenning is volgens het hof 'one of the most serious forms of racial defamation of Jews'.<sup>17</sup> De spreker heeft dan als het ware het recht verspeeld om zich nog

te beroepen op de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM). Maar alleen ontkenning of revisionisme van 'clearly established historical facts – such as the Holocaust' stuit volgens het hof af op artikel 17 EVRM.<sup>18</sup> Het publiceren van een advertentie in *Le Monde* waarin de schrijvers trachtten Philippe Pétain – staatshoofd onder het Franse Vichy-regime dat collaborerde met de nazi's – van blaam te zuiveren, viel daarom wel onder de vrijheid van meningsuiting, ook omdat de auteurs zich wel distantieerden van nazi-misdaden. Het EHRM achtte het niet zijn taak 'to settle this point, which is part of an ongoing debate among historians about the events in question and their interpretation'.<sup>19</sup>

### 3 Argumenten voor strafbaarstelling van *memory laws*

Het verbod op ontkenning van grootschalige mensenrechtenschendingen wordt dus vaak gegrond op de bescherming van nabestaanden, overlevenden en/of de groep die het slachtoffer is geworden als geheel. Dergelijke uitingen zouden hun schade berokkenen en daarom zou de vrijheid van meningsuiting moeten wijken, zo wordt wel betoogd. Dit schade-argument valt weer uiteen in verschillende deelargumenten. Eén reden om dergelijke uitingen te verbieden kan zijn dat slachtoffers en nabestaanden niet geconfronteerd zouden moeten worden met uitingen die de nagedachtenis aan overleden familieleden besmeuren.<sup>20</sup> Een gerelateerd argument is dat ontkenning ertoe zou kunnen leiden, zeker bij mensen die de wreedheden direct hebben meegemaakt, dat ze zich onveilig voelen en zich aangetast voelen in hun waardigheid, doordat zij er (al dan niet expliciet) van worden beschuldigd te liegen over het verleden,<sup>21</sup> wat uiteraard bijzonder pijnlijk is.<sup>22</sup> Grootschalige wreedheden gaan vaak gepaard met pogingen door de daders om het gebeurde uit te wissen en er zodoende voor te zorgen dat toekomstige generaties de slachtoffers niet zullen geloven.<sup>23</sup> Daarom is het zo belangrijk voor slachtoffergroepen dat de waarheid niet alleen naar boven komt, maar ook officieel wordt erkend.<sup>24</sup>

Naast het argument van psychische schade voor individuen en groepen, kan een verbod op ontkenning van grootschalige wreedheden ook worden beargumenteerd vanuit het belang van de samenleving om in het reine te komen met het verleden en om een herhaling van het verleden te voorkomen; door ontkenning van wreedheden zou het repressieve regime van weleer terug kunnen komen. We kunnen *memory laws* dan ook zien in het licht van het 'recht op de waarheid' zoals zich dat de afgelopen decennia in het internationale recht heeft ontwikkeld.<sup>25</sup> In dat kader heeft de staat (volgens soft-law-instrumenten) een 'duty to preserve memory' en moeten maatregelen worden genomen 'aimed at preserving the collective memory from extinction and, in particular, at guarding

- 7 In het oorspronkelijke wetsvoorstel zou daar een maximumgevangenisstraf tot drie jaar en een boete op komen te staan. 'Poland Holocaust law: Government u-turn on jail threat', *BBC* 27 juni 2018, [www.bbc.com/news/world-europe-44627129](http://www.bbc.com/news/world-europe-44627129).
- 8 Die verbiedt (naast Holocaustontkenning) het publiekelijk verspreiden van opzettelijk onjuiste informatie over de activiteiten van de USSR tijdens de Tweede Wereldoorlog. Zie G. Bogush, 'Criminalisation of free speech in Russia', *Europe-Asia Studies* 2017, p. 1242-1256.
- 9 EHRM (GK) 15 oktober 2015, 27510/08 (*Perinçek t. Zwitserland*).
- 10 Zie bv. *Kamerstukken II* 2005/06, 30579, 3; EHRM (n-o) 24 juni 2003, 65831/01 (*Garaudy t. Frankrijk*); EHRM (n-o) 20 oktober 2015, 25239/13 (*M'Bala M'Bala t. Frankrijk*); EHRM (GK) 15 oktober 2015, 27510/08 (*Perinçek t. Zwitserland*); HR 27 maart 2012, *NJ* 2012/220.
- 11 Raad van Europa, Aanvullend protocol bij het verdrag inzake de bestrijding van strafbare feiten verbonden met elektronische netwerken betreffende de strafbaarstelling van handelingen van racistische en xenofobische aard verricht via computersystemen, 2003, ETS no. 189.
- 12 Kaderbesluit 2008/913/JBZ van de Raad van 28 november 2008 betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht, OJ L 328/55 (6 december 2008).
- 13 Het gaat om uitingen 'gericht tegen een groep personen, of een lid van die groep, die op basis van ras, huidskleur, godsdienst, afstamming dan wel nationale of etnische afkomst wordt gedefinieerd'. De uitingen moeten zien op misdaden in de zin van art. 6, 7 en 8 van het Statuut van het Internationaal Strafhof (art. 1 lid 1 onder c); ofwel de in art. 6 van het Handvest van het Internationale Militaire Tribunaal, gehecht aan het Verdrag van Londen van 8 augustus 1945 omschreven misdrijven (art. 1 lid 1 onder d). Het is toegestaan om ontkenning alleen strafbaar te stellen als die misdrijven het voorwerp zijn van een eindbeslissing van een nationaal gerecht van die lidstaat en/of van een internationaal gerecht, dan wel een eindbeslissing van een internationaal gerecht (art. 1 lid 4).
- 14 Zie ook het IVBPR: de Human Rights Committee stelt in haar *general comment* dat 'Laws that penalize the expression of opinions about historical facts are incompatible with the obligations that the Covenant imposes on States parties in relation to the respect for freedom of opinion and expression. The Covenant does not permit general prohibition of expressions of an erroneous opinion or an incorrect interpretation of past events.' Human Rights Committee, General Comment No. 34, Article 19: Freedom of opinion and expression, 2011, CCPR/C/GC/34, par. 49. Zie ook Human Rights Committee, *Faurisson t. Frankrijk*, Comm.No. 550/1993, *UN Doc CCPR/C/58/D/550/1993* (1996).
- 15 EHRM (GK) 15 oktober 2015, 27510/08 (*Perinçek t. Zwitserland*).
- 16 EHRM (n-o) 24 juni 2003, 65831/01 (*Garaudy t. Frankrijk*).
- 17 EHRM (n-o) 24 juni 2003, 65831/01 (*Garaudy t. Frankrijk*). Zie ook EHRM (n-o) 20 oktober 2015, 25239/13 (*M'Bala M'Bala t. Frankrijk*).
- 18 EHRM (GK) 23 september 1998, 24662/94 (*Lehideux en Isorni t. Frankrijk*), par. 47. Zie in die zin ook EHRM 29 juni 2004, 64915/01 (*Chauvy e.a. t. Frankrijk*), par. 69; EHRM (n-o) 24 juni 2003, 65831/01 (*Garaudy t. Frankrijk*).
- 19 EHRM (GK) 23 september 1998, 24662/94 (*Lehideux en Isorni t. Frankrijk*), par. 47.
- 20 Zie EHRM (GK) *Perinçek*, par. 227. Dat ook de

nagedachtenis in meer abstracte zin bescherming verdient, blijkt wel uit de zaak EHRM 27 februari 2018, 39496/11 (*Sinkova t. Oekraïne*), waarin kunstenaars een performance hadden gegeven op een grafmonument voor de Onbekende Soldaat. Zij hadden boven de eeuwige vlam bij dit monument eieren en worstjes gebakken (en daarvan een video online gezet), om te protesteren tegen het verspillen van gas aan de eeuwige vlam. Hun veroordeling hield het EHRM in stand. Zie Hennebel & Hochmann 2011, p. xlv. Dat een dergelijke bescherming van nabestaanden nooit onbeperkt kan zijn, blijkt wel uit de curieuze zaak die de kleinzoon van Joseph Stalin had aangespannen tegen de Russische krant *Novaya Gazeta*, nadat die over Stalin had geschreven als een 'bloeddorstige kannibaal' die extreme misdaden heeft gepleegd: EHRM (n-o) 9 december 2014, 41123/10 (*Dzhugashvili t. Rusland*). Volgens het EHRM kan het recht op privé- en familielevens wel in het geding komen door uitspraken die de reputatie van iemands overleden familieleden betreft, maar 'historical events of great importance which affected the destinies of multitudes of people, as well as the historical figures involved therein and responsible for them, inevitably remain open to public historical scrutiny and criticism' (par. 32).

21 Zie L. Douglas, *The memory of judgment: making law and history in the trials of the Holocaust*, New Haven: Yale University Press 2001, p. 219; B. Swart, 'Denying Shoah', in: P. Alldridge & C.H. Brants (red.), *Personal autonomy, the private sphere and criminal law: a comparative study*, Oxford: Hart 2001, p. 161.

22 Soms wordt dat duidelijk uit de uiting zelf, maar het kan ook moeilijker liggen. Kijk maar naar Perinçek's bewering dat de Armeense genocide een 'internationale leugen' zou zijn. Daar zou men best een beschuldiging richting de Armenen uit kunnen opmaken, maar de meerderheid van het hof deed dat niet: zij oordeelden dat hij het had gemunt op de imperialistische machthebbers die tegen het Ottomaanse rijk streken in de Eerste Wereldoorlog (gezien ook de woorden 'imperialistische leugen') en die volgens hem nog steeds probeerden hun wil op te leggen aan Turkije door erkenning van de Armeense gebeurtenissen als genocide af te dwingen.

23 G.H. Stanton, 'The 8 stages of genocide', 1998, [www.genocidewatch.org/aboutgenocide/8stagesofgenocide.html](http://www.genocidewatch.org/aboutgenocide/8stagesofgenocide.html); L. Douglas, 'From trying the perpetrator to trying the denier and back again. Some reflections', in: Hennebel & Hochmann 2011, p. 49.

24 M.S. Groenhuijsen & A. Pemberton, 'Genocide, crimes against humanity and war crimes: a victimological perspective', in: R.M. Letschert, A.M. de Brouwer, R. Haveman & A. Pemberton (red.), *Victimological approaches to international crimes*, Antwerpen: Intersentia 2011, p. 9-34; M.U. Walker, 'Truth telling as reparations', *Meta-philosophy* 2010, p. 525-545; S. Cohen, *States of denial. Knowing about atrocities and suffering*, Cambridge/Malden: Blackwell Publishers 2001; M. Osiel, *Mass atrocity, collective memory, and the law*, New Brunswick: Transaction Publishers 1997; S. Garibian, 'Taking denial seriously: genocide denial and freedom of speech in the French law', *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 2008/479.

25 M. van Noorloos, 'Transitional justice en het recht op de waarheid', in: C. Kelk, F. Koenraadt & D. Siegel (red.), *Veelzijdige gedachten: Liber amicorum prof.dr. Chrisje Brants*, Den Haag: Boom Lemma 2013, p. 321-330. Zie onder meer EHRM (GK) 13 december 2012, 39630/09 (*El-Masri t. Former Yugoslav Republic of Macedonia*).

against the development of revisionist and negationist arguments'.<sup>26</sup> *Memory laws* kunnen bovendien een manier zijn voor een samenleving om dat wat hen als het ware heilig is te beschermen – een ontkenning wordt dan geacht in te gaan tegen alles waar de samenleving voor staat.<sup>27</sup>

#### 4 De problematische kanten van criminalisering van uitingen over het verleden

Dat er op het eerste gezicht goede redenen kunnen zijn voor *memory laws*, neemt niet weg dat het sanctioneren van ontkenning, bagatellisering en andere uitingen over historische wrede heden problematisch kan zijn in het licht van de uitingsvrijheid. Het bestraffen van deze uitingen stuit op bezwaren die te maken hebben met het tijdsverloop, de in- en exclusie van verschillende historische wrede heden en de reikwijdte van *memory laws* (wat moeten we bijvoorbeeld verstaan onder 'ontkenning'?).

### Het sanctioneren van ontkenning, bagatellisering en andere uitingen over historische wrede heden kan problematisch zijn in het licht van de uitingsvrijheid

#### 4.1 Heropleving van misdadige regimes en het tijdsverloop

Kan het argument van een mogelijke terugkeer van repressieve regimes van weleer, vandaag de dag een voldoende rechtvaardiging vormen voor het inperken van de vrijheid van meningsuiting? Veel Holocaustontkenning maakt inderdaad deel uit van een breder antisemitisch en soms ronduit nazistisch discours en lijkt dus in elk geval de *intentie* te hebben om die ideologie te laten heropleven.<sup>28</sup> Maar kunnen *memory laws* het risico dat dit daadwerkelijk zou kunnen gebeuren, verminderen? Met andere woorden: onder welke omstandigheden zijn *memory laws* geschikt om de heropleving van misdadige regimes tegen te gaan? In de *Perinçek*-zaak gaat het EHRM ook in op de parallel met Holocaustontkenning: juist vanwege de historische context is zo'n ontkenning in staten die de naziwrede heden zelf hebben ondervonden per definitie een uiting van antisemitisme en van een antidemocratische ideologie, aldus het hof.<sup>29</sup> Zo'n directe link is er volgens het hof niet tussen Zwitserland en de ontkenning van de Armeense genocide. Is ontkenning van grootschalige mensenrechtenschendingen inderdaad bijzonder gevaarlijk in een samenleving waarin de wrede heden daadwerkelijk zijn begaan, omdat een heropleving dan mogelijk dichterbij is? Dat lijkt moeilijk vol te houden in geglobaliseerde

samenlevingen, waarin allerlei migratiestromen hebben plaatsgevonden en het discours over het verleden veelal op het internet wordt gevoerd. Is het niet juist te verwachten dat in een samenleving waarin men al lang geleden radicaal heeft gebroken met wrede heden uit het verleden, ontkenning van die gebeurtenissen onder het grote publiek eerder tot ontsteltenis en boosheid zal leiden dan tot instemming? Hoe dan ook kunnen subtielere vormen van ontkenning, rechtvaardiging en bagatellisering, juist in een tijd van desinformatie op sociale media, mogelijk eerder wortel schieten.

Het tijdsverloop sinds de wrede heden zijn begaan kan van belang zijn voor de vraag of strafbaarstelling noodzakelijk is; ook het EHRM ging in de zaak-*Perinçek* in op dat aspect. Door het lange tijdsverloop tussen de gebeurtenissen en de uiting is er volgens het EHRM minder noodzaak voor juridische sanctionering. Dat punt wordt ook gemaakt in andere uitspraken van het hof, zoals over het dragen van communistische symbolen in Hongarije<sup>30</sup> en in een Franse zaak over de onafhankelijkheidsoorlog in Algerije.<sup>31</sup> Na meer dan veertig jaar is een verbod wellicht niet meer op zijn plaats, ook al liggen bepaalde zaken gevoelig, zo oordeelde het EHRM. Ook in de bovengenoemde zaak over het Vichy-regime haalde het hof dit argument aan.<sup>32</sup> Gaat het om 'pure' Holocaustontkenning, dan gaat het hof echter niet in op het lange tijdsverloop. Dat lijkt ermee te maken te hebben dat in die zaken, anders dan bij de uitingen over het Vichy-regime (en ook anders dan bij de uitingen over de Algerijnse onafhankelijkheidsoorlog), van een serieuze bijdrage aan een open debat over de geschiedenis geen sprake was. Zo'n debat kan op een gegeven moment niet meer worden tegengehouden met het argument dat het te gevoelig ligt; maar ontkent een spreker bijvoorbeeld het bestaan van concentratiekampen, dan gaat dat argument volgens het EHRM ook na een lang tijdsverloop niet op. Bij zulke sprekers kunnen we ervan uitgaan (zo suggereert het hof) dat ze niet daadwerkelijk het debat willen aangaan, maar de intentie hebben om haat te zaaien tegen Joden. En toch, wat die intentie betreft: in de zaak van *Perinçek* hadden de Zwitserse rechters wel degelijk twijfels over de intentie van de spreker om een serieus debat aan te gaan. *Perinçek* identificeerde zichzelf immers met Talaat Pasha, de architect van de Armeense genocide (hij was lid van het zogeheten Talaat Pasha Committee). Het EHRM heeft dat niet ten nadele van *Perinçek* laten meewegen (de Zwitserse rechtbank in die zaak wel). Zou het echter gaan om een spreker die zichzelf identificeert met Hitler, hoe zou het hof dan hebben geoordeeld? Daarmee is andermaal de vraag: is het wel terecht dat het hof zo'n verschil maakt tussen Holocaustontkenning en de desbetreffende ontkenning van de Armeense genocide?

4.2 *Speciale positie Holocaustontkenning*  
Sommige West-Europese landen hebben specifiek Holocaustontkenning strafbaar gesteld: de Holocaust heeft in deze samenlevingen een zodanige breuklijn veroorzaakt, dat ontkenning daarvan veel verder gaat dan het aantasten van de geschiedschrijving of de rechten van specifieke groepen<sup>33</sup> en ingaat tegen alles waar de samenleving voor staat, zo wordt wel beargumenteerd.<sup>34</sup>

Dat de Holocaust in westerse samenlevingen zo'n enorme impact heeft gehad kan echter geen reden zijn om de ogen te sluiten voor de ervaringen van minderheden die mogelijk hun eigen 'heilige huisjes' kennen. Sterker nog: juist historische wredeheden die bij het gros van de mensen nog niet goed op het netvlies staan – of waarover zij nog niet bereid zijn te praten – hebben misschien wel het hardst erkenning nodig, terwijl *memory laws* daar zelden op zien.<sup>35</sup> De rechtspraak is niet altijd even goed bekend met grootschalige mensenrechtenschendingen die buiten de 'eigen' samenleving zijn gepleegd en kan het lastig zijn om die met dezelfde sensitiviteit te bekijken. Dat blijkt wel uit de uitspraak van het EHRM in de *Perinçek*-zaak: zo wordt de term Armeense genocide door de Grote Kamer van het hof zelf nergens als zodanig gebruikt, en de zeven *dissenting* rechters vonden dat de meerderheid van het hof wel erg timide stelde dat het niet aan haar was om te bepalen of de gebeurtenissen kunnen worden gekarakteriseerd als genocide.<sup>36</sup>

En toch: hoe uitgebreider en inclusiever *memory laws* zijn, hoe pregnanter de spanning met de uitsingsvrijheid wordt.

**Juist historische wredeheden die bij het gros van de mensen nog niet goed op het netvlies staan – of waarover zij nog niet bereid zijn te praten – hebben misschien wel het hardst erkenning nodig, terwijl *memory laws* daar zelden op zien**

#### 4.3 *Het 'recht op de waarheid' en de reikwijdte van memory laws*

De 'waarheid boven alles'-drive, zoals die naar voren komt in het internationale recht met zijn 'duty to preserve memory', is een begrijpelijke en nuttige reactie van een samenleving die is geconfronteerd met massaal geweld. Toch heeft zij ook een schaduwzijde: de samenleving moet immers op een of andere manier weer proberen om in het reine te komen met het verleden, terwijl er nog steeds animositeit tussen verschillende groepen zal bestaan. Helpt het dan om de waarheid over

het verleden tot onderwerp te maken van een juridische strijd?<sup>37</sup> Een dergelijk kritiekpunt ten aanzien van *memory laws* klinkt natuurlijk wat vreemd in de oren als we het hebben over types die beweren dat de gaskamers niet hebben bestaan. Maar veel kwesties uit het verleden zijn niet zo zwart-wit. Men kan glashard ontkennen dat er een genocide is geweest, of ontkennen dat bepaalde feiten hebben plaatsgevonden, maar het kan ook zo zijn dat de interpretatie van die feiten wordt betwist, dat wordt ontkend dat bepaalde personen of instituties verantwoordelijk zijn, dat geweld slechts als incidenteel wordt afgedaan, dat er sprake was van zelfverdediging of dat 'dit in oorlogssituaties nu eenmaal gebeurt', et cetera.<sup>38</sup> Als al dat soort uitingen ook worden verboden, komt de vrijheid om onafhankelijk geschiedkundig onderzoek te doen wel erg onder druk te staan, zeker als die wetten ook het 'rechtvaardigen' of 'bagatelliseren' bestraffen.<sup>39</sup> Tegelijkertijd is het zo dat dergelijke subtielere vormen van ontkenning of rechtvaardiging wel degelijk ook door 'foute' types worden gebruikt met de (stiekeme) intentie om *hate speech* over de slachtoffergroep te verspreiden en het repressieve regime te rehabiliteren onder het mom van een legitiem debat.<sup>40</sup> Maar daarmee verdwijnt het bezwaar tegen zulke brede *memory laws* niet.

Er komen immers onvermijdelijk steeds nieuwe feiten en visies over het verleden op tafel en daarover vindt continu debat plaats onder historici en in de samenleving als geheel. Men zegt wel dat elke generatie de geschiedenis opnieuw schrijft – iedere maatschappij heeft zijn eigen taboes, die later vaak weer worden gerelativeerd – terwijl vervolgens weer nieuwe blinde vlekken ontstaan. Denk bijvoorbeeld aan het inmiddels al lang als achterhaald beschouwde idee dat bijna alle Nederlanders in de Tweede Wereldoorlog in het verzet zaten dan wel 'aan de goede kant stonden'. Het is sterk de vraag of het helpt om taboes over het verleden in de vorm van strafrechtelijke verboden te gieten.

Bovendien: ook *memory laws* die een legitiem doel dienen – zoals 'nooit meer genocide' – kunnen in de praktijk worden gebruikt om een breder scala aan discussies over het verleden te criminaliseren en kunnen zo de vrijheid van meningsuiting op het spel zetten. Kijk maar naar de Rwandese genocidewet. In 2013 kreeg de Rwandese oppositie-politicus Victoire Ingabire, die jarenlang in Nederland woonde, in Rwanda een gevangenisstraf van 15 jaar opgelegd wegens – onder meer<sup>41</sup> – het bagatelliseren van de Rwandese genocide. Zij had tijdens een herdenking van die genocide – waarbij in 1994 800.000 mensen, voornamelijk Tutsi's, zijn vermoord – de aandacht gevestigd op Hutu-slachtoffers.<sup>42</sup> Het Afrikaanse Hof voor de Rechten van de Mens en Volken heeft inmiddels geoordeeld dat haar veroordeling wegens het bagatelliseren van genocide de vrijheid van meningsuiting schendt.<sup>43</sup>

26 U.N. Commission on Human Rights, *Updated Set of Principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity*, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 februari 2005.

27 Douglas 2001, p. 220.

28 Zie Hennebel & Hochmann 2011; Charny 1991.

29 EHRM (GK) *Perinçek*, par. 243.

30 EHRM 8 juli 2008, 33629/06 (*Vajnai t. Hongarije*); EHRM 3 november 2011, 29459/10 (*Frataló t. Hongarije*). Hun veroordeling was volgens het hof in strijd met de vrijheid van meningsuiting – niet alleen vanwege de meerduidigheid van de rode ster als symbool, maar ook omdat het land al twee decennia geleden de transitie naar democratie had gemaakt en dat er geen aanwijzing was voor de 'real and present danger of any political movement or party restoring the Communist dictatorship [...] The containment of a mere speculative danger, as a preventive measure for the protection of democracy, cannot be seen as a "pressing social need"...' (*Vajnai* par. 49 en 55).

31 EHRM 15 januari 2009, 20985/05 (*Orban e.a. t. Frankrijk*), par. 49. Een voormalige Franse generaal had een boek geschreven waarin hij getuigde over zijn ervaringen in die oorlog en het gebruik van marteling en standrechtelijke executies. Deze uitingen konden volgens het hof bijdragen aan het begrip van de complexiteit van de gebeurtenissen die nog steeds een grote rol speelden in het Franse publieke debat, en oordeelde dat na een tijdsverloop van meer dan veertig jaar anders met zo'n zaak moet worden omgegaan dan, zeg, tien of twintig jaar na de gebeurtenissen.

32 '[E]ven though remarks like those the applicants made are always likely to reopen the controversy and bring back memories of past sufferings, the lapse of time makes it inappropriate to deal with such remarks, forty years on, with the same severity as ten or twenty years previously.' EHRM (GK) 23 september 1998, 24662/94 (*Lehideux en Isorni t. Frankrijk*), par. 55.

33 Douglas 2001, p. 217; A. Margalit & G. Motzkin, 'The uniqueness of the Holocaust', *Philosophy & Public Affairs* 1996, p. 65.

34 Douglas 2001, p. 220.

35 U. Belavusau, 'Historical revisionism in comparative perspective: law, politics, and surrogate mourning', *EUI Working paper* 2013/12, p. 1-31.

36 Joint dissenting opinion of judges Spielmann, Casadevall, Berro, De Gaetano, Sicilianos, Silvius & Kūris. De *dissenting* rechters zetten daar tegenover 'that the massacres and deportations suffered by the Armenian people constituted genocide is self-evident. The Armenian genocide is a clearly established historical fact.' (par. 2).

37 Zie W. Veraart, 'Vergeten of herinneren', *AA* 2009, p. 706 (AA20090706); W. Veraart, *De passie voor een alledaagse rechtsorde: over vergeten, herinneren en vergeven als reacties op historisch onrecht* (oratie VU), Den Haag: BJu 2010; A. Robben, 'From dirty war to genocide: Argentina's resistance to national reconciliation', *Memory studies* 2012, p. 305-315.

38 Zie S. Cohen, *States of denial: knowing about atrocities and suffering*, Cambridge: Polity 2001.

39 Belavusau 2013, p. 7.

40 I.W. Charny, 'A classification of denials of the Holocaust and other genocides', *Journal of genocide research* 2003, p. 11-34.

41 Ingabire werd ook veroordeeld wegens een 'terroristische samenzwering tegen de natie' en wegens het 'verspreiden van geruchten met de intentie om de bevolking op te zetten tegen de autoriteiten', onder meer omdat ze de Rwandese politiek had bekritiseerd en aangaf dat ze 'klaar was om te vechten' tegen tirannie, corruptie, et cetera.

Ook *memory laws* die in beginsel wel een prijzenswaardig doel dienen kunnen verkeerd uitpakken en door machthebbers worden ingezet om ongewenste discussies over het verleden tegen te houden

### 5 Afsluiting

Het is een feit dat sommige mensen het doel hebben om haat te verspreiden door de waarheid over het verleden te verdraaien, op subtiële of minder subtiële manieren. Maar staatsautoriteiten kunnen er ook belang bij hebben om één 'waarheid' als de officiële versie te bestempelen en mensen met andere visies het zwijgen op te leggen – bijvoorbeeld om het beeld dat de buitenwereld heeft van 'hun' natie op te poetsen. De Poolse en Russische voorbeelden maken duidelijk hoe *memory laws* kunnen worden ingezet om de erkenning van verantwoordelijkheid van organen of personen in dat land juist te vermijden, omdat dat niet past binnen het nationale zelfbeeld

zoals de autoriteiten dat willen hooghouden. Nog extremer wordt het wanneer een *memory law* zoals in Turkije wordt gebruikt om erkenning van de Armeense genocide als zijnde een genocide buiten de maatschappelijke orde te plaatsen omdat die niet past binnen de nationale ideologie. Maar ook *memory laws* die in beginsel wel een prijzenswaardig doel dienen kunnen verkeerd uitpakken en door machthebbers worden ingezet om ongewenste discussies over het verleden tegen te houden. Zelfs *memory laws* die oprecht bedoeld zijn om groepen mensen te beschermen en om een terugkeer naar de zwarte bladzijden uit het verleden tegen te gaan, bergen het risico in zich om een breder scala aan gesprekken over de geschiedenis in de kiem te smoren (als ze te breed geformuleerd zijn) of juist – door slechts te focussen op de reeds lang bekende en erkende wreedheden – de gevoeligheden van niet-dominante groepen over hun taboes uit het verleden met voeten te treden. Kwesties over de juiste interpretatie en toedeling van verantwoordelijkheid zijn zelden zwart-wit; maatschappelijke taboes komen en gaan met nieuwe generaties. Met het criminaliseren van ontkenning in brede zin kunnen ook de positieve aspecten van dit proces worden verstoord en komt de vrijheid onder druk te staan om een open en constructieve discussie te voeren over lastige hoofdstukken uit de geschiedenis.

42 'Strijd rond Victoire Ingabire', *De Volkskrant* 3 september 2016.

43 ACHPR 24 november 2017, 003/2014 (*Ingabire t. Rwanda*).



Telefoonservice voor de advocatuur



Telefoonservice



Agendabeheer



Opvang Overflow

Wij werken voor +200 advocatenkantoren, kennen de juridische terminologie en werken discreet

Call Care Nederland | 010 – 280 3333 | [info@callcare.nl](mailto:info@callcare.nl) | [www.callcare.nl](http://www.callcare.nl)